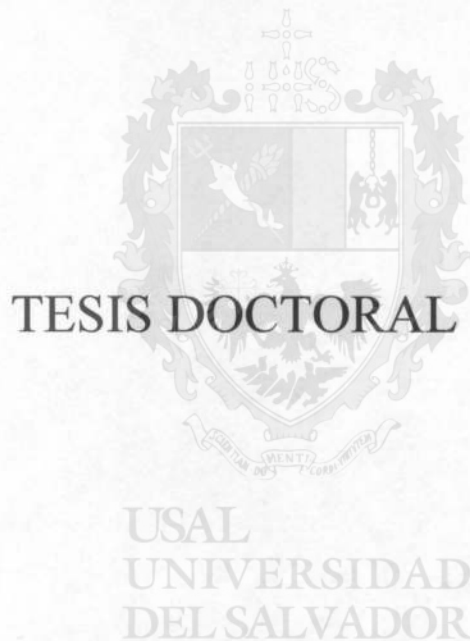


Universidad del Salvador
Doctorado en Derecho Penal y
Ciencias Penales


*“Teoría General de la
Corrupción Administrativa
y Enriquecimiento Ilícito”*




Director de Tesis: Dr. Jorge Luis Maiorano.

Doctorando: Guillermo Ariel Todarello.

 Dra. Moya

 Dr. Tieghi

 Dra. Moscato

INDICE GENERAL

“Teoría general de la corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito”

Introducción.....	1
--------------------------	----------

PARTE PRIMERA

Capítulo I Observaciones históricas.

I. Distinción entre el “bien común” y el “interés privado”.....	17
1. Época antigua.....	18
2. Del Feudalismo medieval al surgimiento del Estado.....	19
3. Principios básicos del Estado Moderno.....	20
4. La situación en Argentina.....	22
II. Reflexiones filosóficas.....	23
1. Platón.....	24
2. Aristóteles.....	37
3. Nicolás Maquiavelo.....	49
4. Thomas Hobbes.....	59
5. John Locke.....	76
6. Montesquieu.....	88
7. Juan Jacobo Rousseau.....	101

Capítulo II Actos y sistemas de corrupción.

1. Definiciones acerca de la corrupción administrativa.....	113
2. Características de la corrupción administrativa. Elementos que conforman el acto de corrupción.....	119
3. Actos y sistemas de corrupción administrativa.....	123
4. Desnaturalización del Estado.....	128
5. Teoría de la anomia.....	131
6. Corrupción en países desarrollados y subdesarrollados.....	135
7. El grado o nivel óptimo de corrupción administrativa.....	136

Capítulo III Causas que dan origen al fenómeno de corrupción administrativa.

Introducción.....	139
-------------------	-----

1. Deficiencia en la educación.....	139
2. Los niveles salariales.....	140
3. Cultura y sistemas económicos.....	141
4. Ecuación costo - beneficio.....	146
5. Carencia de información y control	147
6. Algo más sobre la importancia del aspecto cultural como causa de la corrupción administrativa.....	149
7. Una mirada hacia la Argentina.....	151

Capítulo IV Consecuencias generadas a partir de los actos de la corrupción administrativa.

1. Introducción.....	159
2. La corrupción como factor de debilitamiento del Estado.....	159
3. La corrupción y los daños producidos en el sistema social.....	160
4. La corrupción y los daños producidos en torno al sistema económico.....	161
5. La corrupción y los daños al sistema democrático.....	163
6. La corrupción y su afectación al principio de igualdad social.....	164
7. El efecto expansivo de la corrupción.....	165
8. Incentivos negativos.....	165
9. Consecuencias sociales de la corrupción.....	167
10. La construcción de la confianza.....	171
11. La corrupción como sistema protector del delito.....	172

Capítulo V Estrategias destinadas al control de la corrupción administrativa.

1. Introducción.....	177
2. La educación y el aprendizaje desde la infancia como elemento preventivo respecto de los actos de corrupción.....	178
3. Conocimiento del problema.....	183
4. Control de los actos públicos.....	185
5. Sanciones.....	186
6. Incentivos.....	187
7. Información.....	189
8. Profesionalización de los funcionarios públicos.....	193
9. Reestructuración de la relación Director-Agente-Cliente.....	194
10. El delito de enriquecimiento ilícito como medida anticorrupción.....	196

11. Sistema de “doble vía”, “cerrojo” o “emboscada”	201
12. El “Ombudsman” y los “Observatorios” como medidas anticorrupción	203
13. Estrategias de implementación.....	203

**Capítulo VI Los “Observatorios” y el “Defensor del Pueblo”
como órganos anticorrupción.
El Derecho a la transparencia en los actos de gobierno.**

1. Introducción.....	207
2. Los observatorios.....	208
3. El Ombudsman.....	215
4. Los pactos de integridad.....	222
5. Derecho a la Transparencia en los actos de gobierno.....	225

PARTE SEGUNDA

Capítulo VII El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público.

1. Introducción.....	231
2. Antecedentes históricos.....	231
3. Problemática en torno a la constitucionalidad de la figura.....	235
4. Análisis dogmático de los elementos del tipo penal.....	248
4.1 Bien jurídico protegido.....	249
4.2 Acción típica.....	252
4.3 Sujeto activo.....	259
4.4 El enriquecimiento.....	261
4.5 El debido requerimiento.....	264
4.6 Autoridad competente para efectuar el requerimiento.....	266
4.7 El contenido de la prueba.....	269
4.8 Participación criminal. La persona interpuesta.....	272
4.9 Tipo subjetivo.....	274
4.10 Consumación y tentativa.....	276
5. Cláusula ética de la Constitución Nacional (art. 36 CN).....	277
6. Convenciones internacionales contra la corrupción administrativa.....	279
7. Reflexiones en torno al delito de enriquecimiento ilícito.....	283
Observaciones finales.....	293
Bibliografía	297

“TEORÍA GENERAL DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

INTRODUCCIÓN

El estudio aquí desarrollado presenta como objetivo continuar una senda de investigación e indagación acerca de un fenómeno complejo y multicausal, el cual se halla identificado genéricamente bajo el término de “*corrupción administrativa*”. Tengo para mí el anhelo de que esta tesis constituya un aporte en procura de la generación de conocimientos en relación a dicho tema, y, de esa manera, poder conformar un avance hacia esa última meta que es la reducción y el control de la corrupción en el marco de la Administración Pública.

A tal fin, será necesario explorar las diferentes facetas que caracterizan la evolución histórica de los distintos sistemas políticos, e intentar descubrir la manera en que el hombre comienza a distinguir el concepto de “interés público” y sus diferencias con el “interés privado”. Asimismo, habremos de destacar las principales observaciones que fueran vertidas por relevantes filósofos y pensadores de la humanidad, tanto respecto del tema referido a la corrupción administrativa, como así también, en punto al fenómeno del aprendizaje y educación desde la infancia, ello en virtud del rol que desempeña como método adecuado para la incorporación de los hábitos virtuosos y sociales. En consecuencia, advertiremos que dicho factor educacional puede erigirse en la medida o herramienta de mayor eficiencia y eficacia tendente a la disminución de aquellos actos constitutivos de corrupción funcional¹.

De acuerdo al propio título de la tesis, uno de los tópicos centrales de este trabajo se encuentra constituido por el estudio de la figura del delito de enriquecimiento ilícito, ello así, por cuanto he adquirido la convicción de que dicha figura penal puede desempeñar un rol significativo en la lucha contra el problema de la corrupción estatal. Precisamente, dicha afirmación constituye una de las hipótesis que serán desarrolladas en este estudio.

Asimismo, y conforme veremos oportunamente, es dable señalar que no existe posibilidad de avanzar de manera significativa en ésta tarea por alcanzar el control de la corrupción en el ámbito de la Administración Pública, si cada

¹ Cfr. TIEGHI, Osvaldo Nelo, “Criminalidad. Ciencia, filosofía y prevención. Revisión histórica y experimental”, Editorial Universidad, Buenos Aires, año 2004.

miembro de la comunidad no adquiere conciencia acerca de la relevancia que su actuación puede significar en la lucha contra el referido flagelo.

Por todo ello, resultará esencial tener en cuenta que esa función que la sociedad civil está llamada a desempeñar cuenta con dos mecanismos privilegiados para llevar a cabo un adecuado e imprescindible control de los actos de gobierno, nos referimos en concreto a las figuras del “*Ombudsman*” y a los “*Observatorios*”, los cuales conforme veremos oportunamente, se erigen como herramientas democráticas capaces de tutelar aquellos Derechos Humanos vigentes en todo Estado de Derecho, convirtiéndose, en definitiva, en instrumentos aptos para que las naciones puedan alcanzar un adecuado nivel de desarrollo sustentable y el necesario fortalecimiento de su gobernabilidad².

Por razones metodológicas este trabajo será dividido en dos partes: “*Teoría general de la corrupción administrativa*” y “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*”. A continuación esbozaremos los lineamientos generales acerca del contenido de cada una de ellas.

PARTE PRIMERA

“TEORÍA GENERAL DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA”

El tópico en cuestión presenta una problemática ineludible que ha sido perfectamente advertida por el Dr. Francisco Suárez, quien señala que en general los trabajos sobre el fenómeno de la corrupción administrativa se sustentan en informes de comisiones investigadoras del Parlamento o del Poder Judicial, como así también en base a escritos periodísticos, refiriendo que en los mismos se indaga respecto de una situación de sospecha actual con la intención de probar la culpabilidad o inocencia de determinados actores políticos o judiciales, entre otros. Según su opinión, son realmente escasas las oportunidades en las cuales se escribe acerca del fenómeno de la corrupción procurando aportar conocimientos

² MAIORANO, Jorge Luis; "Los Observatorios de Derechos Humanos como forma de control de las políticas públicas y fortalecimiento de la sociedad civil": <http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org>.

MAIORANO, Jorge Luis; "Los desafíos del Ombudsman en el mundo y en la Argentina": <http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org>.

científicos con potencialidad explicativa o predictiva ³.

Otro de los obstáculos que presenta el estudio del tema seleccionado se encuentra constituido por la existencia de una amplia variedad y diversidad de definiciones, perspectivas y niveles análisis que recaen sobre el mismo ⁴. La conceptualización del fenómeno de la corrupción administrativa ha sido tarea de una variedad de perspectivas disciplinarias y profesionales, siendo, asimismo, diversas las esferas institucionales donde se manifiesta, se analiza y se intenta controlar el problema de la corrupción. Cada una de ellas cuenta con una batería de conceptos, andamiaje intelectual, práctica profesional-institucional y conjunto de metáforas analógicas que son utilizadas para abordar el fenómeno en cuestión.

A todo ello debemos sumar la gran cantidad y diversidad de contextos nacionales e ideológicos a partir de los cuales el tema es analizado, (ya sean países desarrollados y modernizados o países periféricos y transicionales, como así también, países capitalistas, socialistas o comunistas) y por ello las distintas estructuras sociales y políticas en las cuales se encarna su estudio ⁵.

La situación descripta ha sido caracterizada por Suárez con el término de “*babelización*”, lo cual nos ofrece una idea realista y acabada de las dificultades que conlleva el estudio del fenómeno que pretendemos analizar.

En virtud de lo expuesto es que intentaré con este trabajo sumarme a la exploración de un conjunto de aspectos relacionados con la corrupción administrativa a fin de contribuir a la edificación de una base de conocimientos sólida, que permita la formulación de políticas y proyectos que presenten como finalidad y destino la reducción y el control de los niveles de corrupción en el marco de la Administración Pública.

Sostengo sin hesitación que el enfoque de aquellos trabajos y estudios que se orientan a la denuncia, persecución y castigo de los actores corruptos es insuficiente si no se complementa con el conocimiento acerca del funcionamiento de los *sistemas de corrupción*. Esto resulta esencial ya que nos permitirá atacar sus

³SUAREZ, Francisco e ISUANI, Fernando; “*El árbol y el bosque*”, Revista Encrucijadas, UBA, Nro. 19, año dos, mayo de 2002, págs. 10/17.

⁴ SUAREZ, Francisco e ISUANI, Fernando; “*La corrupción al servicio del delito*”; La Gaceta de Económicas; UBA; 27/10/2002.

⁵SUAREZ, Francisco e ISUANI, Fernando; “*El árbol y el bosque*”; op. cit.

fortalezas y aprovechar sus debilidades y, de esa manera, efectuar una elección adecuada de las políticas y medidas convenientes para alcanzar el objetivo final relacionado con el desmantelamiento de los sistema de corrupción, o por lo menos, con la reducción de los niveles de ilicitud imperantes en los mismos.

Si bien es realmente extraordinaria la cantidad de material producido en torno a la problemática de este fenómeno, no podemos dejar de mencionar -tal como lo señaláramos- la situación de anarquía existente en cuanto a la manera de encarar el estudio de este fenómeno.

Ante esta situación, se impone la necesidad y conveniencia de comenzar a trazar los lineamientos generales o directrices de una herramienta de estudio que denominaremos *“teoría general de la corrupción administrativa”*.

La misma consiste en la elección y análisis de determinados puntos y elementos que aborda la doctrina al estudiar el tema de la corrupción gubernamental, los cuales, a mi entender, resultan esenciales e imprescindibles en todo trabajo relacionado con dicha temática. Es así que a partir de la identificación de esos elementos se extraerán aquellos principios y conclusiones que conformarán una base de conocimientos sustentables que permitan seguir construyendo o advirtiendo nuevos conceptos útiles.

La metodología propuesta posibilitará la generación de un orden adecuado de los conocimientos existentes en torno a este tema y, de esa manera, el desarrollo de modelos explicativos-interpretativos y estrategias metodológicas de investigación que brinden un conocimiento sistemático sobre el fenómeno en sus diversas dimensiones.

El objetivo de dicha teoría es conformar un esquema de análisis que permita ser aplicado a distintas organizaciones administrativas, ello a fin de obtener como resultado un conocimiento más profundo y eficiente de los sistemas de corrupción imperantes en dichas organizaciones, todo lo cual permitirá, según veremos, alcanzar el objetivo final que es en definitiva el control de los diversos actos y sistemas de corrupción vigentes en la Administración Pública.

Esta herramienta deberá partir de los resultados alcanzados por diversos autores, los cuales serán interrelacionados en forma adecuada, adunándose, además, las diferentes conclusiones que serán extraídas, oportunamente, como consecuencia de nuestro trabajo. En consecuencia, entiendo que la descripción y el conocimiento de los elementos y características que se

encuentran presente en los diversos “*sistemas de corrupción*”, nos permitirá, a su vez, seleccionar con mayor facilidad y eficacia la medida anticorrupción que resulte necesario aplicar en cada uno de los mencionados sistemas.

En virtud de lo manifestado, es lógico que esta herramienta siempre quede sujeta a constante actualización; además, las conclusiones extraídas como consecuencia de la utilización de dicha teoría o construcción, posibilitará un conocimiento más acabado de las medidas y políticas tendientes a la reducción de la corrupción, posibilitando, de esta manera, y conforme lo señalado precedentemente, una elección mas adecuada y eficaz de dichos instrumentos. Entiendo que allí radicará precisamente la utilidad e idoneidad de la misma.

Es la mencionada situación de anarquía y de “*babelización*” en cuanto al estudio de la corrupción lo que caracteriza como necesaria la estructuración de una “*teoría general de la corrupción administrativa*”. Dicho esquema deberá contener -básicamente- los elementos que serán descriptos a continuación, pudiendo variar según cual sea el ámbito particular donde se desarrollen los actos o sistemas de corrupción.

En nuestro caso, nos ocuparemos de la corrupción actual en la administración pública argentina. Para estudiar dicho objeto con orden y metodología, propongo hacerlo a través del análisis de los siguientes temas o elementos: I. Observaciones históricas. II. Definiciones, características y elementos que presentan los actos y sistemas de corrupción administrativa. III. Causas que generan el fenómeno de la corrupción administrativa. IV. Consecuencias y efectos que produce el mencionado flagelo. V. Medidas y herramientas eficaces para su control. Precisamente, será el estudio interrelacionado de todos estos elementos lo que en definitiva constituirá la “*teoría general de la corrupción administrativa*”.

Asimismo, es dable señalar que nuestro estudio se encuentra orientado e iluminado por una postura de ineludible respeto hacia los Derechos Humanos. En este camino analizaremos la relación particular que se genera entre los actos y sistemas de corrupción y la incidencia de los mismos respecto de los Derechos Humanos en general, y en particular, con relación al “*Derecho a la Transparencia en los actos de gobierno*” del cual resulta titular cada uno de los ciudadanos en su calidad de miembro integrante de la sociedad.

PARTE SEGUNDA

“EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO”

Una vez desarrollado el contenido de la “*teoría general de la corrupción administrativa*”, y precisamente, a partir de las conclusiones obtenidas como resultado de la interrelación entre la mencionada teoría y las características que presenta el desarrollo de la actividad en la Administración Pública, nos avocaremos al análisis en profundidad de una de las medidas, que, según mi criterio, adquiere relevante significación en cuanto al control de la corrupción en dicho ámbito. Me refiero concretamente a la figura de “*enriquecimiento ilícito*” prevista en el artículo 268 (2) del Código Penal Argentino.

Intentaremos un análisis que podemos denominar complejo, ya que el mismo será efectuado no sólo desde el punto de vista de la ciencia jurídico penal, sino, también, a partir de las conclusiones alcanzadas mediante el empleo de la “*teoría general de la corrupción administrativa*”. Entiendo que allí radicará, precisamente, uno de los aspectos novedosos del presente trabajo.

Al abordar la figura de enriquecimiento ilícito analizaremos diferentes perfiles de este delito, profundizando, naturalmente, aquellos que presentan mayor complejidad como es, por ejemplo, su debatida constitucionalidad. Por supuesto, nos ocuparemos de todos los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo, como así también la previsión de esta figura en la *Convención Interamericana contra la Corrupción* y en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Además, intentaré explicar y demostrar la utilidad y eficacia que esta medida presenta como un instrumento destacado en la tarea de control del fenómeno de la corrupción administrativa.

No debemos olvidar -conforme lo mencionado “*ut supra*”- que el marco dentro del cual se halla situado nuestro “*problema*” objeto de tesis, se encuentra conformado por un tema complejo y de fundamental importancia como es el análisis de la corrupción actual en la administración pública argentina, lo cual abarca las particulares características del mencionado fenómeno, como así también los daños y consecuencias que la misma produce al Estado en particular y en la sociedad en general.

Partiendo de esa base, advertimos que existen diversas medidas para combatir y controlar los actos caracterizados como corruptos. Dichas medidas y

acciones son clasificadas en general, por la doctrina, como "*preventivas*" y "*sancionadoras*" respecto de los hechos de corrupción, enrolándose la figura de enriquecimiento ilícito bajo el rótulo de las medidas sancionadoras.

Intentaré demostrar, en principio, que ello es sólo una verdad parcial, ya que a mi entender podemos identificar a dicho tipo penal como una herramienta que despliega no sólo una función represiva, sino también, una verdadera función de prevención de los actos de corrupción en la gestión pública.

En la actualidad, el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2) del Código Penal reprime con pena de prisión, multa e inhabilitación a la persona que al ser debidamente requerida, no justifiere la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Diversos son los cuestionamientos que la doctrina nacional e internacional efectúan respecto al delito mencionado. Los principales ataques enarbolados contra la configuración de este tipo penal radican, fundamentalmente, en la consideración de que el mismo -conforme su redacción actual- resulta violatorio de diversos derechos y garantías que lo convierten en una figura penal que debe ser calificada como inconstitucional. Dichas críticas serán analizadas y tratadas en profundidad a fin de poder arribar a una respuesta satisfactoria respecto de cada una de las hipótesis que sostengo, siendo una de ellas, precisamente, aquella que concluye que el tipo penal en cuestión se erige como respetuoso de los derechos y garantías consagrados por nuestra carta magna.

Por supuesto, debemos reconocer la entidad de aquellas críticas esgrimidas con relación a dicha figura penal, y es por ello que será propuesto en este trabajo un proyecto de modificación del tipo penal con la finalidad de superar las objeciones y dudas enarboladas por parte destacada de la doctrina. En el mismo se especificará, entre otros puntos, la determinación del momento consumativo, el cual a mi entender, deberá establecerse en la oportunidad del *enriquecimiento* y no al momento de la *no justificación*. Será necesario, entonces, conformar el delito de enriquecimiento ilícito como un delito de acción, y no de omisión, ello tal cual lo entiende hoy la doctrina mayoritaria.

Es importante señalar que si bien en nuestro país los niveles de percepción de la corrupción se han multiplicado en forma extraordinaria, lo cierto

es que las condenas judiciales dictadas por este delito son sólo dos: causas "*Guglieminetti*"⁶ y "*Pico*"⁷ ⁸. Por lo tanto, esta afirmación que sostengo respecto de la eficacia y utilidad que reviste el tipo penal señalado no parece reflejarse en la realidad. Sin embargo, entiendo que también es posible extraer una conclusión diferente, y señalar que precisamente la aplicación inadecuada de esta figura ha sido una de las causas que posibilitó el aumento de los actos y sistemas de corrupción en la Administración Pública.

Sostengo como hipótesis, la cual por supuesto deberá ser comprobada en el presente estudio, que la particular estructuración y redacción que presenta el delito en la actualidad obstaculiza la obtención de resultados positivos en cuanto a la aplicación eficaz de dicha figura. Asimismo, las diferentes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se efectúan sobre los elementos del tipo penal provocan que el delito sea analizado a partir de un "mosaico" de opiniones, circunstancia que sólo ha generado inseguridad jurídica en su aplicación.

Uno de los "problemas" radicará, entonces, en descubrir las razones por las cuales la aplicación del ilícito en cuestión no ha dado resultados positivos, y qué modificaciones se imponen como necesarias para transformar el mismo en un instrumento que considero eficaz y clave para controlar, en la actualidad, la corrupción en la Administración Pública Argentina.

En este camino, conforme lo señalado precedentemente, será menester analizar el estado actual de la ciencia en relación al delito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal y, fundamentalmente, intentar contrarrestar aquellas posturas que concluyen en que el mencionado tipo penal es violatorio de diversos derechos y garantías constitucionales.

En virtud de todo lo manifestado, una de las preguntas que habremos de responder será la siguiente: ¿Es el delito de enriquecimiento ilícito una figura adecuada para controlar la corrupción administrativa? Si tenemos en cuenta los

⁶ "Guglieminetti, Raúl A." CN Crim. y Correc., Sala IV, 04/10/1999.

⁷ "Pico, José Manuel", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa Nro. 2697, 8/5/2000.

⁸ Es necesario tener en cuenta que la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de Capital Federal, en autos "*Alsogaray, María Julia s/enriquecimiento ilícito*", aun no se encuentra firme.

resultados prácticos que nos arrojan las estadísticas judiciales, se impone una respuesta negativa. Pero mi objetivo se basa, precisamente, en analizar el porqué de la ineficacia de la norma en particular, y cuales son las reformas que considero imprescindibles para lograr conseguir modificar esa respuesta y girar hacia una positiva.

Entiendo que la figura en cuestión puede adquirir un carácter trascendente, ya que nos permite luchar contra la corrupción administrativa y detectarla a través de una "*vía o camino*" diferente. Esa otra vía, se encuentra constituida por el conocimiento que el Estado pueda tener acerca de los bienes (es decir del concreto enriquecimiento ilícito) que ya fueron apropiados por el funcionario; es decir que se establecería un camino inverso del que recorren las medidas que intentan controlar los actos corruptos desde una perspectiva generalmente preventiva, las cuales se fundamentan en un mayor control de la gestión.

Por supuesto, considero que dichas medidas de carácter preventivo son decididamente imprescindibles, pero entiendo que abordando el fenómeno desde ambos puntos de vista, se constituiría un sistema de "*doble vía*" "*cerrojo*" o "*emboscada*", el cual resultaría a mi entender mucho más eficaz que el tratamiento de las medidas anticorrupción de manera escindida.

Problemas e hipótesis.

Conforme lo requiere la estructura de todo trabajo de tesis, es momento de establecer de manera clara y concreta los problemas e hipótesis que serán desarrollados en el presente estudio.

De acuerdo a lo señalado, abordaremos el tema de la corrupción administrativa a través de una metodología de análisis que denominamos "*teoría general de la corrupción administrativa*". En este camino, habré de señalar y analizar los principales elementos que deben integrar dicha herramienta, la cual presentará como utilidad la posibilidad de ser empleada en el análisis de diversos aspectos de la corrupción administrativa, ello para alcanzar un mejor y más profundo conocimiento de dicha problemática.

Asimismo, y en una segunda etapa, reflexionaremos en profundidad, y, precisamente, a partir de las conclusiones arribadas en la primera fase, acerca de una de las medidas de control de la corrupción funcional, el cual a mi entender ocupa un lugar destacado, como es el delito de enriquecimiento ilícito.

Así, estudiaremos los distintos aspectos que presentan mayor complejidad en torno a la mencionada figura, pero intentaremos un enfoque interdisciplinario ya que abordaremos una figura penal pero considerándola como instrumento dirigido al control del fenómeno de la corrupción en la administración pública.

Por último, finalizaremos el trabajo con las conclusiones de rigor y la exposición de un proyecto de reforma de la figura mencionada, el cual permitirá, a nuestro entender, superar los obstáculos que dicho tipo penal presenta en la actualidad, posibilitando, de esa manera, una mayor eficacia en su tarea.

En concreto, los *problemas* que debemos analizar pueden ser formulados a través de los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la manera más adecuada y eficiente de abordar el fenómeno de la corrupción administrativa? ¿Resulta conveniente y útil hacerlo a través de una teoría general de la corrupción administrativa? ¿Dentro del marco de dicha teoría, que importancia adquiere la figura del enriquecimiento ilícito? ¿Constituye este delito un instrumento eficaz para combatir la corrupción en la administración pública? ¿Es posible superar las críticas en relación a la constitucionalidad de dicho delito? ¿Que modificaciones resultan necesarias a fin de optimizar su funcionamiento y resultados? ¿Cuál es la función de la sociedad civil en el marco de la tarea de control de la corrupción administrativa? ¿Que otra medida puede ser considerada como necesaria o imprescindible a fin de combatir la corrupción administrativa?

A partir de allí, las *hipótesis* que intentaré comprobar a lo largo de este estudio se encuentran encaminadas, como ya fuera adelantado, a demostrar que una de las formas más adecuadas y eficaces de analizar el fenómeno de la corrupción en la función pública, será, precisamente, a través de una "*teoría general de la corrupción administrativa*" la cual permitirá establecer un orden de estudio y la conformación de una base elemental de conceptos que nos permitirá desentrañar las vulnerabilidades y fortalezas de los actos y sistemas de corrupción funcional, posibilitando, además, un adecuado análisis de las principales medidas dirigidas a combatir la corrupción estatal, todo lo cual, además, permitirá llevar a cabo la elección de la herramienta de control adecuada para cada sistema de corrupción en particular.

Asimismo, a partir de los postulados mencionados sostengo como hipótesis que la figura del delito de enriquecimiento ilícito constituye una herramienta eficaz en la tarea de reducción de los niveles de corrupción en la Administración Pública. Entiendo, además, que dicha figura presenta diversos

inconvenientes que serán analizados en profundidad, para finalizar con la elaboración de un proyecto de reforma del tipo penal el cual a mi entender podría resultar útil en la búsqueda de soluciones respecto de los inconvenientes que furean advertidos por una importante corriente doctrinaria.

En este sentido, creo que se impone la necesidad de reformular y reestructurar el delito de enriquecimiento ilícito, ello a fin de conformar adecuadamente los elementos que lo integran, con el objetivo de que el mismo pueda cumplimentar satisfactoriamente su tarea de instrumento de lucha contra la corrupción administrativa, misión que hasta el momento, y teniendo en consideración la relación existente entre el aumento de los índices de corrupción funcional y el número de sentencias condenatorias, no se ha podido verificar.

Finalmente, analizaremos también la importancia que reviste el accionar de la ciudadanía en general, como así también, de determinadas organizaciones civiles, en la lucha contra la corrupción administrativa. En este sentido, estamos convencidos que las redes de la corrupción sólo podrán ser destruidas a partir de la toma de conciencia de cada integrante de la sociedad civil, es decir, a partir de entender que el control de los actos de gobierno es un derecho que todos los ciudadanos poseen, y que ejercer esa tarea constituye uno de los mecanismos mas relevantes que el sistema democrático de gobierno pone en nuestras manos para la efectiva protección de los Derechos Humanos, es decir, para la generación concreta de aquellas condiciones que posibiliten nuestra realización como Seres Humanos.

Aporte novedoso.

En cuanto al requisito o exigencia acerca de la conformación de algún aporte novedoso, en este caso, entiendo que dicho elemento se encuentra determinado a partir del establecimiento y demostración en punto a la conveniencia de la utilización de un esquema de estudio que denominamos "*teoría general de la corrupción administrativa*". Dicha herramienta, conforme fuera adelantado, conlleva el propósito de establecer una selección y un determinado ordenamiento con relación a los conocimientos esenciales que han sido vertidos sobre el fenómeno de la corrupción estatal, lo cual entiendo podrá contribuir a la superación de la referida situación de anarquía que mencionáramos precedentemente.

Asimismo, es importante destacar que el sistema de estudio propuesto, como así también, las conclusiones generadas a partir del mismo, significaran la apertura de un camino (o una suerte de molde) apto para el análisis de otras

organizaciones, como así también, de otras medidas y políticas establecidas para la lucha contra la corrupción funcional.

Por otra parte, a mi criterio también conforma un aspecto novedoso el enfoque o el prisma a través del cual será analizado el delito de enriquecimiento ilícito. En este sentido, dicha figura será abordada desde el punto de vista de la corrupción estatal, es decir, partiendo del estudio de dicho fenómeno y específicamente, considerando al mismo como un instrumento eficaz para su reducción y control.

Cabe señalar que el análisis propuesto será efectuado a partir de las conclusiones a las cuales arribaremos como consecuencia del desarrollo de la *"teoría general de la corrupción administrativa"*, lo cual nos demostrará, en la práctica, la importancia y utilidad del sistema aquí propugnado. En concreto, nuestra tarea consistirá en tratar de interrelacionar las estructuras y el funcionamiento que asumen los actos y sistemas de corrupción estatal con aquellos elementos que configuran el delito de enriquecimiento ilícito.

Al hablar de interrelación, pretendo significar que dicha figura no será abordada sólo desde el aspecto de las Ciencias Penales y, en particular en lo relativo al análisis dogmático del delito, sino que por contrario resultará imprescindible enmarcar dicho tipo penal dentro de un universo científico más amplio, posibilitando de esa manera que la norma cobre vida y verdadero sentido; ya que es precisamente dentro del marco de la temática relacionada con el control de la corrupción administrativa donde intentaré aportar determinados elementos que permitan que dicha previsión legislativa cumpla una verdadera función de prevención-represión y de lucha contra el mencionado flagelo.

Propongo entonces abordar la temática referida al delito de enriquecimiento ilícito desde un punto de vista diferente, es decir, efectuar dicho análisis dentro del marco delimitado por las medidas relacionadas con el control de la corrupción, y es allí donde creo que radicará uno de los aspectos novedosos que debe contener todo trabajo de tesis.

Además, uno de los objetivos propuestos se encuentra constituido por la reformulación y reestructuración del delito en cuestión, ello a fin de lograr investir al mismo de una operatividad que en la actualidad no se verifica. Por supuesto, todas las conclusiones propuestas serán corporizadas en un proyecto de reforma que finalizará nuestro trabajo.

Por último, cabe destacar que los diferentes desarrollos y materiales confeccionados en torno al tema de la corrupción administrativa, aunque “anárquicos”, en cuestión de orden, y parcializados en sus objetivos, constituyen un bagaje de conocimientos que deviene necesario, y es precisamente en razón de su previa existencia que hoy podemos intentar un procedimiento ordenador de los mismos que nos permita avanzar hacia la búsqueda del conocimiento.

Relevancia del tema seleccionado.

Corresponde referirnos ahora a la relevancia que a mi entender representa el estudio de la temática que fuera seleccionada para el desarrollo del presente trabajo.

Sostengo sin hesitación que el fenómeno de la corrupción administrativa configura uno de los temas de mayor trascendencia que debe enfrentar nuestro país. En este sentido, basta conocer los daños y consecuencias que acarrea dicha clase de corrupción para convencernos de la importancia que presenta la tarea de investigar este fenómeno.

En principio, veremos la forma en que la corrupción funcional debilita al Estado e impide el desarrollo económico del mismo. Además, estudiaremos cómo este fenómeno genera una situación de pérdida de confianza recíproca en los ciudadanos, lo cual atenta directamente contra las condiciones necesarias de la vida en sociedad. Sucede que los ciudadanos desconfían de los funcionarios y se convencen de que sus tributos tendrán como destino las arcas personales de estos, lo cual conlleva, entre otras circunstancias, a la evasión impositiva, y por ende, a una situación perjudicial para la sociedad en su conjunto.

La corrupción estatal provoca extraordinarios daños económicos, no sólo en razón del desvío de fondos públicos, sino también al evitar que los capitales sanos, y dispuestos a invertir a largo plazo, se instalen en un país con elevados niveles de corrupción, los cuales, naturalmente, serán reemplazados por capitales especuladores y prebendarios. Todo ello, por supuesto, genera un sistema económico corrupto que resulta atractivo para negocios ilícitos tales como por ejemplo el lavado de dinero.

Es necesario comprender que el estado de corrupción funcional genera, definitivamente, una situación de riesgo para el sistema democrático. Sin lugar a dudas, el estado de corrupción afecta y lesiona las bases mismas de dicho sistema, en tal sentido, sabido es que la democracia supone que los ciudadanos eligen delegados para que cuiden el interés común. Si ese funcionario protege, en

cambio, sus propios intereses privados -en perjuicio del bien general- incurre en una directa violación de los fundamentos del sistema.

Como consecuencia de ello, se debilita el Estado, los funcionarios públicos no acceden a sus cargos por idoneidad, sino por nepotismo, y al convertirse en un Estado débil se obstaculiza el desarrollo económico y no se logra dar respuesta a las funciones básicas relacionadas con la protección de la salud, educación, justicia y seguridad; todo lo cual implica en definitiva una situación de vulneración sistemática de los Derechos Humanos.

Sin pretender agotar en esta introducción la totalidad de las consecuencias que conlleva la consolidación de los sistemas de corrupción administrativa, debemos referirnos también a la función que desarrollan los actos de corrupción estatal como base de apoyo en cuanto a la protección y encubrimiento de diversos sistemas delictivos.

En forma sintética, podemos aclarar que los actos de corrupción administrativa no resultan solamente negativos por el perjuicio económico que implican para una determinada administración pública. Sino que existe un daño tal vez más importante, el cual se verifica cuando la interrelación de las conductas corruptas se constituyen en un "*sistema de apoyo*" de diversos actos delictivos como por ejemplo: narcotráfico, tráfico de armas, venta de órganos, lavado de dinero, catástrofes ambientales, etc. En tal sentido, los actos de corrupción funcional son utilizados como medio para desplegar todo un sistema protector que otorgue impunidad y resguardo para el desarrollo de los hechos finales que realmente interesan a los actores, los cuales se encuentran constituidos, precisamente, por los actos delictivos.

Es evidente que la enumeración de alguna de las consecuencias que produce la corrupción estatal refleja de manera adecuada la significativa relevancia que adquiere el tema seleccionado, sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta determinados datos que pueden ayudarnos a elaborar una idea acerca de la influencia que ejerce la corrupción administrativa en nuestro país.

Conforme surge del "Índice de Percepción de la Corrupción 2002" efectuado por la organización *Transparencia Internacional*⁹, el cual clasifica a 133 países, la República Argentina ha sido ubicada en el puesto N° 70 siendo acreedora de un puntaje de 2,5. Dicha clasificación se establece de 0 a 10, siendo 10 el

⁹ www.transparency.org/tilac/indices-percepcion/2002/ipc2002.html (17/10/2003).

máximo para las naciones más transparentes y 0 para las más permeables a los hechos de corrupción administrativa.

Asimismo, en el año 2004 dicha ONG colocó al país en el puesto 108 (entre 146) y, aunque mantuvo su calificación de 2002 -es decir 2,5 puntos-, descendió 16 lugares ya que cayó del puesto 92 al 108 en una lista que incluye a 146 países.

Sin lugar a dudas, el orden mundial ha mutado, y en la actualidad los países se esfuerzan por alcanzar un nivel de desarrollo sustentable que les permita progresar en diversos ámbitos estructurales, dicho nivel de crecimiento es sintetizado en un concepto que resulta por demás significativo: "governabilidad".

A fin de profundizar el contenido del mencionado concepto, será menester referirnos a las conclusiones arribadas en el estudio titulado "*Amenazas a la Governabilidad en América Latina*", el cual constituye el informe preparado para el "Foro de la Sociedad Civil" en ocasión de la XXXIII Asamblea General de la OEA, la cual tuvo lugar en Santiago de Chile, el 7 de junio de 2003.

En dicho informe la República Argentina ha sido clasificada dentro del grupo de países con mayor índice de corrupción de América Latina. Además, el mencionado estudio concluye que una nación alcanzará dicha característica de gobernabilidad si reúne al menos tres requisitos básicos: 1) Crecimiento económico sustentable. 2) Protección de los Derechos Humanos y 3) Lucha contra la corrupción y transparencia en la función pública.

Si bien en nuestro trabajo profundizaremos, en particular, el último de los elementos mencionados, advertiremos que, sin duda, todos los extremos señalados se encuentran inevitablemente relacionados, a tal punto que no resulta posible dar cabal cumplimiento a alguno de ellos si los restantes elementos no alcanzan un adecuado nivel de cumplimiento, tutela y respeto. Por todo ello, es imprescindible redoblar los esfuerzos en torno a la tarea de reducción y control de la corrupción estructural dentro del marco de la administración pública, caso contrario, será la gobernabilidad del Estado la que se instale en zona de riesgo, debilitándose, en definitiva, el propio sistema democrático.

PARTE PRIMERA

CAPÍTULO I

OBSERVACIONES HISTÓRICAS

I. Distinción entre el “bien común” y el “interés privado”

De acuerdo a lo manifestado en nuestra introducción general, la corrupción administrativa constituye un fenómeno *multidimensional* que resulta, por lo tanto, susceptible de ser analizado desde diversos puntos de vista. Es por ello que al momento de disponernos a ensayar una descripción histórica de dicha problemática, se presenta también un abanico de posibilidades y caminos para llevar a cabo la tarea propuesta.

Teniendo en consideración lo manifestado, a los efectos de nuestra tesis, resultará importante, en principio, avocarnos al análisis de determinados aspectos relativos a la evolución de los sistemas políticos -en especial, su organización y la forma de ejercer el poder en cada uno de ellos- ya que a través de ese camino podremos advertir de qué manera se fueron reconociendo y delineando en el transcurso de la historia aquellas ideas relacionadas con el “*interés público*” y el “*bien común*”.

El análisis referido nos permitirá apreciar la génesis de aquellos conceptos, pero a su vez, nos posibilitará distinguir, como una lógica consecuencia (y como “contracara” de la misma moneda) la forma en que comienza a identificarse y distinguirse la noción de *corrupción administrativa*, concepto bajo el cual se enmarcan aquellas conductas desviadas de los funcionarios públicos en virtud de las cuales estos privilegian su interés personal por sobre el interés general ¹.

En primer término debemos partir de un juicio que podríamos calificar como unánime en la doctrina que investiga la temática relacionada con la corrupción estatal, nos referimos a aquel que señala que la corrupción funcional se genera en aquellos supuestos en que el interés privado de los funcionarios irrumpe en el ámbito del interés público, es decir, cuando aquel prevalece por sobre la idea del bien público

¹ Acerca del análisis referido, cfr. GRONDONA, Mariano; “*La corrupción*”, Editorial Planeta, Bs. As. 1993.

o bienestar general.

Como consecuencia del desarrollo histórico de los sistemas políticos, determinados actos que oportunamente fueron social y culturalmente aceptados, han sido luego reputados como desviados o perjudiciales, y finalmente identificados como hechos de corrupción administrativa.

En concreto, ello se explica a través del análisis del conflicto suscitado entre dos sistemas políticos: el *"familismo"* y el *"Estado"*.

1. Época antigua

El *"familismo"* constituye un tipo de organización comunitaria, previa al nacimiento del Estado, en donde el valor eje de la vida en sociedad era la familia. Los clanes se asociaban entre sí o se atacaban unos a otros según la ley no escrita de la venganza. Posteriormente, dichas agrupaciones aceptaron que un tercero imparcial dirimiera sus conflictos, y así nació, en consecuencia, un nuevo sistema de valores: la lealtad a una comunidad política más abarcativa, la cual adquirió la forma de Polis, Cívitas, Imperio o Estado, y se impuso al interés familiar. De esta manera, es dable concluir que la institución de la *"Polis"* (Grecia Arcaica) constituye el primer antecesor de nuestro Estado moderno.

Durante el Arcontado de Dracón (625 a. C.) se establecieron, por primera vez, leyes administradas desde la Polis, pero el poder político seguía residiendo en las antiguas familias hasta que Solón (592 a. C.) dividió a los ciudadanos en cuatro sectores según su posición económica. Ello produjo entonces que los derechos políticos no dependieran ya de la filiación sanguínea, sino de las posesiones y la renta, lo que implicó quitarles a los nobles la exclusividad en los asuntos públicos.

Lo importante, a nuestros efectos, es subrayar que es en ese momento, precisamente, donde comienza a proyectarse la separación entre lo *"público"* (la Polis) y lo *"privado"* (la familia) y comienza a despersonalizarse el poder.

Asimismo, en la Grecia Clásica (desde fines del siglo VI hasta mediados del siglo IV) la forma de gobierno dominante fue la democracia directa; todos los ciudadanos (se excluía a extranjeros, esclavos y mujeres) podían asistir al ágora y, por lo tanto, tenían poder de decisión: en conclusión cada ciudadano era responsable por la *"cosa pública"*.

Posteriormente, y luego de la decadencia de la Polis, este sistema fue sucedido por una nueva institución, el Imperio de Alejandro Magno, que conquistaría toda Grecia y extendería su cultura hacia el oriente.

Es cierto que en Roma no se practicó la democracia, pero el Imperio que organizó Augusto (30-12 a. C.), si bien concentraba el poder dinásticamente en una persona, no era una institución “*familista*” sino una formidable estructura estatal que de alguna manera se acercaba a los estándares de organización que presenta en nuestros días las estructuras en la administración pública.

Sin perjuicio de ello, como así también de la inconveniencia de juzgar otras épocas según actuales parámetros éticos, se afirma que, en realidad, los romanos no distinguían con precisión entre las funciones públicas y la dignidad privada o entre las finanzas públicas y la fortuna personal. Por ello señala *Paul Veyne*² que “no había función pública que no fuese un robo organizado mediante el cual los que ejercían aquella esquilaban a sus subordinados y todos juntos explotaban a los administrados”. Es decir que aquellos actos que en la actualidad constituirían hechos de corrupción administrativa, eran de usual comisión en aquellas épocas.

Ahora bien, aunque el concepto de “funcionario íntegro” sea una particularidad de la Edad Moderna y los romanos no distinguiesen netamente entre la ambición personal y el interés común, lo cierto es que al menos nominalmente esta distinción existía, ya que la organización del Imperio no era de tipo *familista* sino estatal y, en algunas oportunidades los funcionarios eran castigados por abusos en la función pública.

2. Del feudalismo medieval al surgimiento del Estado

Con posterioridad a la caída del Imperio Romano -nos ubicamos cronológicamente en la Edad Media- nace un nuevo orden de ideas en occidente y por lo tanto se transformaría una vez más el sistema político.

La organización estatal romana sobrevivió solamente en el papado, mientras en Europa se reimplantaba el “*familismo*” y la sangre volvía a ser el principio rector de la organización política. Ello fue así en razón de que el Imperio

² “El imperio Romano, historia de la vida privada”, Taurus, 1987, citado por Grondona, “*La corrupción*”, ob. cit., p. 37.

Romano fue devastado por las tribus germánicas, en las cuales el poder era ejercido conjuntamente por el rey (jefe de guerra electo, quien era el dueño de las tierras conquistadas) y sus pares (los guerreros libres). Estos fueron, en concreto, los orígenes del feudalismo del Siglo IX.

El feudalismo propiamente dicho surgió a partir del año 840, cuando se rebelaron los nobles carolingios. Fue así que la autoridad central se fraccionó en unidades autónomas y, a pesar de que en todos los países había reyes, la sujeción de los campesinos, la administración de la justicia y el cobro de los bienes y prestaciones eran ejercidas en un plano local por cada señor feudal.

Por supuesto, el sistema continuaba siendo *"familista"*: el hijo mayor heredaba el trono del padre y los funcionarios de la casa real eran los parientes del monarca.

Posteriormente, aquel grupo que un principio constituía el conjunto de los servidores familiares del rey se fue emancipando de algunos monarcas hasta formar el núcleo de una burocracia. A partir del Siglo XVIII el Estado empezó a concebirse no ya como una mera prolongación del familismo real, sino como una estructura impersonal donde ingresaban los más idóneos para servir a una comunidad global y superior a las familias.

Resulta esclarecedor escudriñar a través de la historia como han evolucionado las estructuras de la función pública hasta llegar a la organización vigente en la actualidad. Y entiendo que en este curso histórico, constituido básicamente por la evolución del *"familismo"* hacia el Estado, y su concepto de *"interés público superior"*, se ubica la raíz y génesis de lo que culturalmente hoy se entiende como corrupción administrativa, ya que como señaláramos anteriormente, el Estado constituye una organización basada en determinados principios que hacen que cataloguemos de corruptas ciertas prácticas que en el sistema familista no resultaban desaprobadas.

3. Principios básicos del Estado moderno

Con relación estricta a la temática que estamos analizando, es dable señalar que dos son los principios básicos en los cuales se funda el Estado.

- 1) El principio del *"interés público"*, el cual significa que existen metas

situadas por encima de los individuos, grupos familiares y clases sociales.

2) El principio de “*idoneidad*”, establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional Argentina, el cual señala que “todos los habitantes ... son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”.

Sobre este doble fundamento descansa el ideal de un Estado responsable del interés nacional y servido por profesionales cuyo valor supremo se encuentra constituido por el *bien común*.

Asimismo, el Estado cuenta con dos clases de funcionarios: los burócratas, reclutados por su profesionalidad, y los políticos, constituidos por diputados, senadores y mandatarios elegidos por los ciudadanos a través del voto.

Los comicios y el ingreso por concurso constituyen indudablemente los mecanismos a partir de los cuales el sistema impediría la aplicación concreta de los preceptos del “*familismo*”, práctica que evidentemente resulta condenable por atentar en forma directa contra el principio de idoneidad (al privilegiar a parientes y amigos en la selección de cargos públicos) y por supuesto también contra el interés público.

Conforme lo visto *ut supra*, las comunidades *familistas* carecen de norma moral alguna que resulte superior al bien de la propia familia, por ello cada miembro de la comunidad actúa en el interés de corto plazo de su grupo familiar y supone que los demás hacen lo mismo. En consecuencia, es natural que el ciudadano evada impuestos y que el funcionario aproveche su posición para beneficiarse a sí mismo y a los suyos.

Lo cierto es que prácticas y comportamientos *familistas* son efectuados en la actualidad, aún en el marco del Estado Nación, y ello debido a la *dificultad que existe para percibir el bien de conjunto*. Si el ciudadano paga sus impuestos o cumple con honestidad una función pública, la percepción del bien que de ello resulta no es tan directa como por ejemplo costear los estudios de sus hijos. El núcleo de la cuestión consistirá, entonces, en comprender que, por ejemplo, si la generalidad de los ciudadanos abonan los impuestos correspondiente, y todos los funcionarios cumplen con su deber, sus hijos y la ciudadanía en general se verá beneficiada.

Resulta por demás esclarecedor volver nuestra mirada en torno a aquella

evolución a partir de la cual los estados fueron tomando conciencia de la idea del interés público, y por ende -como contrapartida de ello- de la corrupción funcional, es decir, cómo se configura la administración basada en el *familismo* y su evolución hasta la llegada de los Estados y, además, cómo en la actualidad aún conviven ambas estructuras. En tal sentido, es dable afirmar que la lealtad a la Nación y la supremacía del Estado no han reducido aún la indisciplina característica del sistema familista.

4. La situación en Argentina

Con relación a las características propias que presenta nuestro país y desde el punto de vista histórico, resulta importe reseñar el pensamiento de la socióloga *Adriana Christensen*³, quien sostiene que como consecuencia de una investigación comparativa realizada en los años 1997-1998⁴ se logró establecer que el “jefe” argentino encuentra su origen en el caudillismo latinoamericano, el cual se caracterizaba por administrar los recursos que tenía a su disposición en forma discrecional y velada.

Ello condujo al “*corporativismo*”, sistema que se resume en el ejercicio del poder para beneficio de la familia, del grupo al cual se pertenece y de los amigos. En definitiva se trata de un esquema diametralmente opuesto al sistema democrático, el cual básicamente se fundamenta en el ejercicio del poder como medio para alcanzar el Bien Común. Evidentemente es indudable la relación existente entre el mencionado “corporativismo” y el sistema *familista*, cuyos lineamientos fueron ya expuestos anteriormente.

Si bien son innumerables las definiciones que la doctrina ha ensayado acerca de la corrupción administrativa, una de las más significativas es aquella que la entiende como “*el abuso del poder en beneficio privado*”⁵. Vemos, entonces, como en ella se resumen todos los aspectos de la corrupción funcional, y en definitiva, como se actualiza aquella lucha entre el sistema del “*familismo*” y aquel caracterizado por

³ CHRISTENSEN, Adriana; “Invisibilidad y transparencia, la cuestión cultural”, Revista Encrucijadas, UBA, Nro. 19, año dos, mayo de 2002, pág. 52/65.

⁴ Trabajo que es objeto de un libro en elaboración: “*Identidad y Conciencia Planetaria: Impacto de la globalización en la cultura empresarial argentina*”.

⁵ EIGEN, Peter; “*Las redes de la corrupción*”, Editorial Planeta, Buenos Aires, año 2004, pág.15.

la búsqueda del “*bien común o general*”. Es por ello que escogimos sintetizar la evolución de dichos sistemas a los fines de iniciar una mirada histórica acerca del fenómeno de la corrupción en la administración pública.

II. Reflexiones filosóficas

Luego de desarrollar los aspectos fundamentales que determinaron la evolución de los conceptos identificados como interés público o general y su distinción con el interés privado, habremos de describir aquellas observaciones y reflexiones más significativas que fueran vertidas por algunos de los más relevantes filósofos y pensadores de la historia universal, tal el caso de Platón, Aristóteles, Maquiavelo, Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau.

En este sentido, serán dos las temáticas que intentaremos exponer:

1. “Observaciones históricas relacionadas con el origen, desenvolvimiento y prevención de la corrupción administrativa”.
2. “Enfoque histórico acerca del aprendizaje, moldeamiento y modelamiento conductual preventivo de los actos de corrupción”.

Si bien resulta evidente la necesidad de desarrollar aquel tópico descripto en el primer punto; cabe destacar la relevancia que adquiere el análisis propuesto con relación al fenómeno del aprendizaje y educación, ya que conforme lo veremos en el Capítulo V, aquella tarea educativa -dirigida a la incorporación de hábitos virtuosos desde los primeros años- constituye el camino adecuado para prevenir las conductas antisociales, desviadas y, eventualmente, delictivas, entre las cuales, lógicamente, se encuentran aquellas que configuran actos de corrupción en la administración de los bienes e intereses públicos.

Asimismo, es importante subrayar que teniendo en consideración que los actos de corrupción administrativa constituyen conductas que, además de encontrarse en la actualidad tipificadas penalmente, deben ser calificados como hechos desviados y antisociales; entonces, en nuestro recorrido histórico habremos de hacer referencia a determinadas observaciones vertidas por aquellos pensadores en torno al origen de las conductas viciosas, por encontrarse los actos de corrupción incluidos bajo dicho concepto.

Por otra parte, no podemos soslayar -ello tal cual lo veremos a lo largo de nuestro trabajo- que los actos de corrupción funcional persiguen, en su gran mayoría, la búsqueda o anhelo de dinero, riqueza, poder, fama, lujo, entre otras particulares circunstancias; motivándose sus autores a partir de aquellos sentimientos basados en la codicia y la avaricia que ambiciona y pretende con avidez la reducción de dichas metas.

En esta tarea destinada a la descripción de aquellas referencias históricas acerca del fenómeno de la corrupción funcional, como así también respecto de la educación como factor preventivo de la misma, habremos de destacar la relevancia que adquiere uno de los elementos característicos que impulsa y fortalece todo acto de corrupción administrativa: nos referimos, en concreto, al concepto de *impunidad*.

Y ello así por entender que dicho elemento funciona, respecto de quien ya ha cometido el acto desviado, como un reforzador positivo de su conducta, ofreciendo, además, un efecto similar en cuanto a la población potencialmente criminógena; mientras que en punto a determinados individuos puede activarse como incentivo direccionado a la comisión de hechos ilícitos, todo ello a causa de la observación de los efectos que produce la recompensa en el modelo observado ⁶.

1. Platón (428 - 347 a. C.)

En su obra "*Las Leyes*", Platón construye determinadas observaciones que se hallan relacionadas en forma directa con aquel fenómeno identificado actualmente como corrupción administrativa; en principio afirma que "*Todo el que distraiga los caudales públicos, sea en mucha o en poca cantidad, debe ser castigado con una misma pena, porque la poca cantidad prueba en el que la distrae, no menos codicia, y sí menos poder...*" ⁷. Dichos conceptos nos advierten acerca de la relevancia que el ateniense asignaba al cuidado y preservación del patrimonio público, como así también en cuanto a la identificación de la "*codicia*" como impulso motivador de aquellos actos desviados que son desplegados por las personas que detentan el poder y que constituyen, en definitiva, el fenómeno de corrupción administrativa.

⁶ TIEGHI, Osvaldo Nelo, "*Criminalidad. Ciencia, filosofía y prevención. Revisión histórica y experimental*", Editorial Universidad, Buenos Aires, año 2004, p. 40.

⁷ PLATÓN, "*Las Leyes. Epinomis. El Político*", Editorial Porrúa, México, año 1998, Libro XII, p. 247.

Teniendo en consideración que la educación virtuosa que el Estado brinda a sus habitantes conforma el basamento sobre el cual edificaba Platón su organización cívica, dicho filósofo proponía la pena capital para “...todo ciudadano convencido de haber robado a su patria por medios ocultos o violentos, después de haber recibido una educación como la que le hemos dado nosotros, será considerado un enfermo sin esperanza de salvación, y por esta razón se le condenará a muerte...”⁸. Sin embargo, aclaraba que en caso de haber sido un extranjero o un esclavo el que “...resulte convicto en justicia de haber distraído los fondos públicos, será castigado en su persona o en sus bienes a discreción de los jueces...”⁹. Dicha benignidad encontraba como explicación la ausencia de educación en aquellos imputados mencionados en último término.

A criterio de Platón los cargos públicos debían ser ocupados por personas virtuosas, de allí que al referirse a los “*censores*”, quienes poseían la función de controlar y pedir cuentas a los magistrados, demostrara su preocupación por hallar aquellas personas dignas y virtuosas capaces de controlar a los funcionarios públicos: “*¿Dónde encontrar hombres capaces de obligar a los demás a dar cuenta de su administración? Puede suceder que los magistrados, abrumados bajo el peso de su cargo y sin fuerzas para sostenerle, den alguna sentencia o cometan alguna acción injusta; y así por difícil que sea encontrar un hombre que, dotado de una virtud superior, sea digno de vigilar su conducta, es preciso, sin embargo, a todo trance hacer un esfuerzo para descubrir algunos de estos hombres divinos*”¹⁰.

Del éxito de esta empresa -es decir, de la elección de los ciudadanos más virtuosos para la ocupación de los cargos de control- depende para el Académico en gran parte el progreso y bienestar del Estado. De allí que sostenga que “*...si los que obligan a los magistrados a dar cuenta de su conducta son mejores que ellos, y si en su censura se conducen con una equidad irrepreensible, todo el Estado es, a la par que su territorio, dichoso y floreciente.*”. Concluyendo luego que “*Por esta razón es preciso que nuestros censores sean hombres admirables en todo género de*

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

⁸ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 247.

⁹ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 247.

¹⁰ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 250.

virtudes.”¹¹.

Luego de establecer el sistema de votación para llevar a cabo la elección de los censores, señala que los mismos dividirán “...todos los cargos públicos en doce secciones, examinarán la conducta de los que los desempeñan, empleando al efecto todos los medios dignos de personas libres”¹². Todo ello demuestra el esfuerzo empeñado por el ateniense en pos de vigilar y controlar el accionar de los magistrados públicos a fin de preservar, básicamente, el ejercicio de la virtud, la cual constituye el centro de la filosofía platónica.

En cuanto al ejercicio en particular de la función de los censores, aquellos “Juzgarán a los magistrados, cuando cesen en sus cargos, ya uno a uno, ya a todos juntos, fijando en la plaza pública edictos en que esté marcada la pena o multa a que cada uno de ellos haya sido condenado por la sentencia de los censores.”¹³. Es significativo destacar que la publicidad que Platón propugna en relación a las condenas de los magistrados, guarda cierta analogía con aquellas medidas estimuladas en la actualidad acerca de la publicación (p. ej. vía internet) de las condenas y causas en trámite relacionadas con funcionarios públicos.

Tal es la importancia que asigna Platón al ejercicio adecuado de la tarea encomendada a los censores que describe medulosamente todo el sistema de recompensas y de castigos que corresponde otorgar a cada uno de ellos, según fuera su actuación particular. Así, en el primer supuesto (recompensas) se prevén los honores más importantes para aquellos censores íntegros, debiendo asumir el juicio más severo aquel censor corrupto¹⁴.

Otra de las instituciones más significativas establecidas por Platón en sus Leyes se refiere a la creación de un Consejo de magistrados encargados de la inspección de las leyes, el cual será compuesto, en primer lugar, de aquellos “...sacerdotes que hayan sido considerados como los más virtuosos del Estado; luego

¹¹ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 250.

¹² PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 251.

¹³ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 251.

¹⁴ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 251 y 252.

de los diez guardadores de la leyes más ancianos, y por último del que dirija actualmente la enseñanza de la juventud y de los que le hayan precedido en este cargo. Ninguno de ellos irá solo al consejo, sino acompañado de un joven que tenga entre treinta y cuarenta años, que él mismo habrá escogido”¹⁵. Vemos nuevamente el hincapié que dicho filósofo efectúa con relación a la necesidad de que las personas más virtuosas e idóneas sean las que ocupen aquellos cargos públicos del Estado.

Cabe señalar que el referido Consejo poseía la función de preservar y mejorar la legislación establecida, teniendo a su cargo el cumplimiento de tareas moralizadoras y pedagógicas a través del juzgamiento y emisión de dictámenes y pareceres con relación a dichas cuestiones. Teniendo en consideración el ideal platónico con relación al hombre del Estado (funcionario público), resulta entendible que los miembros de dicho organismo se encuentren obligados a estudiar y profundizar la ciencia de la virtud, dividida en las cuatro partes que la componen: fortaleza, templanza, justicia y prudencia¹⁶.

Resulta significativo destacar que el Consejo se encargaba no sólo de justipreciar las acciones del gobierno, sino también de promover, reformar y señalar los medios para *instruir a los hombres de Estado*, es decir, que en concreto se trataba de una institución destinada a la formación política de los mejores¹⁷. La educación de los funcionarios públicos constituía entonces la herramienta adecuada para que aquellos desempeñen sus cargos de manera honesta e idónea, evitándose, en consecuencia, la comisión de conductas relacionadas con la corrupción administrativa.

Tal cual lo explicamos más arriba, Platón era realmente severo en punto al castigo que debía ser aplicado a aquellas personas que incurrieran en conductas corruptas. Así, reprimía con la muerte a los agentes que participaran de actos relacionados con el cohecho o recepción de dádivas, aún en el supuesto de que hayan sido recibidas para realizar una buena acción, en este sentido, podemos leer sus

¹⁵ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., Libro XII, p. 255.

¹⁶ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., p. 11: Preámbulo a “*Las Leyes*” escrito por Francisco Larroyo.

¹⁷ PLATÓN, “*Las Leyes...*”, ob. cit., p. 11: Preámbulo a “*Las Leyes*” escrito por Francisco Larroyo.

palabras al señalar que *“Es preciso que los que tienen cualquier cargo público lo ejerzan sin recibir presentes nunca ni bajo ningún pretexto, y sin alegar la razón muy admitida de que se puede recibir para hacer bien, pero no para hacer mal...Lo más seguro es atender a la ley, obedecerla, y desempeñar el cargo con desinterés. El que la viole en este punto, aun cuando sea una sola vez, si se le prueba en justicia, será castigado con la muerte”*¹⁸.

Dicho filósofo perseguía como objetivo el establecimiento de un Estado perfecto, por ello señala que todas las leyes *“...debían tender siempre a un solo y único objeto, que según hemos convenido, no podía ser otro que la virtud”*¹⁹. A tal fin, y a su criterio, el Estado no puede limitarse *“...a dar a los cuerpos salud y seguridad, sino inspirar a las almas el amor a las leyes...”*²⁰, lo cual se obtiene a partir de la educación y el aprendizaje de la virtud desde los primeros años de vida; todo ello, por supuesto, constituye la manera más efectiva de impedir la generación de condiciones que propugnen la comisión de actos relacionados con el fenómeno de corrupción administrativa o funcional.

Por otra parte, distinguía claramente su modelo de Estado, el cual tenía como finalidad el establecimiento y desarrollo de la “virtud”, de aquellos Estados que facilitaban la comisión de conductas desviadas y corruptas, y ello así, porque a su entender *“... en ellos las leyes tienden a diferentes objetos. Ni tampoco es cosa sorprendente, que en ciertos gobiernos se haga consistir la justicia en elevar a los primeros puestos cierto género de ciudadanos, tengan o no virtud; o que en otros puntos no se piense más que en enriquecerse...”*²¹.

En el Libro I de la “República” -a partir de los diálogos efectuados entre Sócrates y Trasímaco-, Platón intenta establecer el ideal que debe perseguir el funcionario público, señalando que *“...todo hombre que ejerce el gobierno, como gobierno, y cualquiera que sea el carácter de su autoridad, no examina y ordena lo conveniente para sí mismo, sino lo conveniente para el gobernado y sometido a su*

¹⁸ PLATÓN, “Las Leyes...”, ob. cit., Libro XII, p. 258.

¹⁹ PLATÓN, “Las Leyes...”, ob. cit., Libro XII, p. 264.

²⁰ PLATÓN, “Las Leyes...”, ob. cit., Libro XII, p. 262.

²¹ PLATÓN, “Las Leyes...”, ob. cit., Libro XII, p. 264.